



Universidad
Carlos III de Madrid



Versión “del editor” del documento publicado en:

Mercader Uguina, J. R., Muñoz Ruiz, A. B., Aragón Gómez, C., Nieto Rojas, P., Moreno Solana, A., Gimeno Díaz de Atauri, P. y Pérez del Prado, D. (2014): Libertad sindical, representación de los trabajadores y conflictos colectivos. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 166 (junio), pp. 103-117.

© Thomson Reuters, 2014

VII. Libertad sindical, representación en la empresa y conflictos colectivos

1. LIBERTAD SINDICAL

A. Titularidad

El reconocimiento de la libertad sindical en nuestro sistema goza del máximo rango de protección jurídica, al haberse constitucionalizado su tutela en el art. 28.1 CE. El reconocimiento de este derecho no se agota en la vertiente organizativa, esto es, a fundar y pertenecer al Sindicato que el trabajador libremente decida, sino que se extiende también a la vertiente funcional. Ello implica que la acción sindical es parte del contenido esencial del derecho, de modo que las facultades que concede a este tipo de organizaciones el art. 64 ET a los órganos de representación tienen un carácter instrumental para la plenitud de efectos del derecho constitucional.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esta afirmación no puede implicar una extensión ilimitada del ámbito subjetivo de los derechos de información contenidos en dicho artículo. No puede confundirse la finalidad del precepto con la atribución de su titularidad. De esta forma, los derechos –particularmente los de información– sólo pueden ser ejercidos por los representantes unitarios y por aplicación del art. 10.3 LOLS, por los delegados sindicales en la empresa bajo determinadas condiciones, pero no por el sindicato como tal, como recoge la [!\[\]\(3211b5d1d968fc1665909b34f9f16010_img.jpg\) **STSJ de Galicia de 10 de enero de 2014 \(AS 2014, 425\)**](#).

En este sentido debe tenerse en cuenta que se trata de un criterio claramente asentado en nuestra jurisprudencia, pues ya las SSTs de 6 de julio de 1990 y 8 de junio de 1996, establecieron que «las secciones sindicales y sus representaciones laborales consistentes en delegados sindicales, constituyen instituciones jurídicas diferentes de los sindicatos». De ese modo, «quienes crean y ponen en funcionamiento las Secciones Sindicales son los propios trabajadores que, prestando servicio en la empresa, estén afiliados al sindicato correspondiente», y no la organización sindical en sí misma, que mantiene una personalidad separada con diferentes ámbitos de derechos y responsabilidades.

Por todo ello, no puede entenderse vulnerada la libertad sindical de la Confederación Intersindical Galega (CIG) por haberle negado la empresa Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos el acceso a determinados datos sobre la contratación de trabajadores exigidos por los tres miembros del comité de empresa electo y no constituido, que constaba de doce miembros electos. Señala el Tribunal Superior de Justicia en su resolución que el sindicato no puede actuar en nombre de un comité de empresa no constituido, pues los trabajadores que lo integran, individualmente considerados, carecen de la legitimación necesaria. Además, la distinción de los dos canales de representación impide al sindicato ejercer los derechos que sólo corresponden a los órganos unitarios legalmente constituidos.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el nombramiento de delegados de sindical con la extensión de garantías previstas a los representantes legales no es contenido esencial del derecho, sino que deriva de la configuración legal. Por ello, aunque es posible que la negociación colectiva relaje el requisito de que el centro de trabajo ocupe a al menos 250 trabajadores, es preciso que lo haga de forma expresa. Así, la [!\[\]\(6a9b39b98eb945faa14c645ec99e4eaa_img.jpg\) **STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2013 \(AS 2014, 221\)**](#), considera que cuando el art. 47 del [!\[\]\(182077db5bac9ff62bf376fe37ffa951_img.jpg\) **Convenio Colectivo de Residencias Privadas de la Tercera Edad de Galicia**](#) prevé en su art. 47 que «los sindicatos o confederaciones podrán establecer secciones sindicales en los centros de trabajo o agrupaciones provinciales» y su representación se ejercerá por delegados sindicales con «los mismos derechos y garantías que los representantes de los/las trabajadores/as en los comités de centro o delegados de personal», no está mejorando el régimen de la LOLS. Ello es así, porque aunque no

hace referencia al tamaño del centro sí que agrega que «Los sindicatos que ostenten representatividad de acuerdo con la LOLS, tendrán derecho a ejercer la acción sindical dentro de las empresas», lo que el tribunal entiende que es una remisión a los requisitos exigidos por dicha norma para reconocer los derechos señalados a los delegados sindicales. Se trata por tanto de una posibilidad, la de reconocer delegados sindicales en centros de trabajo más pequeños, que ha de interpretarse restrictivamente.

B. Contenido del derecho

Una de las principales manifestaciones del ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa es la garantía de indemnidad, que deriva directamente del art. 24 CE y en el caso de la libertad sindical del art. 28. Ésta goza de una recepción explícita por el legislador en el art. 12 LOLS, al declarar nulo y sin efecto cualquier decisión del empresario que suponga cualquier clase de discriminación por razón del ejercicio de actividades sindicales.

De esta forma, el trabajador puede desarrollar libremente sus acciones reivindicativas en defensa de los intereses laborales con la garantía de que el derecho le amparará frente cualquier clase de intromisión ilegítima. La jurisprudencia ha venido perfilando el alcance y requisitos exigidos para la efectividad de esta garantía de indemnidad. La [STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de septiembre de 2013 \(AS 2014, 82\)](#), realiza un recorrido exhaustivo por estos elementos que la configuran para rechazar el recurso de la empresa demandada contra la declaración en la instancia del despido nulo de uno de sus trabajadores.

En primer lugar, se hace preciso que exista algún tipo de actuación del trabajador, que no tiene por qué tener carácter procesal o administrativo, pero que sí tiene que revestir cierta intensidad, de modo que pueda intuirse que motiva una reacción del empresario. Así, sólo las protestas o reivindicaciones que tengan un carácter destacado, que excedan de lo que la empresa está acostumbrada a soportar, pueden entenderse como suficientes para activar la garantía de indemnidad. Constatado este hecho, se ha de valorar la conducta reactiva del empresario, tanto por su proximidad en el tiempo respecto a la acción o acciones del trabajador como por su justificación. Así, en caso de que se dé una plena objetividad de la causa extintiva, será irrelevante la conducta previa del trabajador. Si la justificación de la reacción empresarial es más discutible, será necesario valorar ésta a la luz de las circunstancias que concurran.

Aunque la Sentencia desgrana otros elementos, son principalmente estos los que llevan a la sala a desestimar el recurso. En el supuesto de hecho, tras un cambio en el accionariado de la empresa se producen ciertos cambios organizativos que llevan a los trabajadores a promover la remoción del delegado de personal. El día antes de que se convoque formalmente la asamblea el trabajador que previsiblemente iba a reemplazarlo es despedido por una única falta (negarse a trasladar un vehículo a un depósito) que el tribunal entiende además que es una conducta no arbitraria, pues el trabajador no desempeñaba esa función desde hacía más de un año y en ese depósito se habían producido varios robos, por lo que el trabajador podía temer racionalmente que se le imputara un ilícito si el automóvil era sustraído. Así, puede apreciarse claramente la concurrencia de todos los elementos: una conducta que afecta a la empresa fuera de lo ordinario (sustitución del representante de los trabajadores), una reacción empresarial (despido) con una cadencia temporal atípica (transcurre un mes desde la conducta sancionada y coincide con el momento en que la remoción del delegado de personal iba a producirse) carente de suficiente base objetiva.

Por otra parte, al margen de esta garantía, la acción sindical presenta en la negociación colectiva una de sus facetas más relevantes. Junto con la conclusión de convenios colectivos, ésta presenta otras manifestaciones en la determinación de las condiciones de trabajo. Así, no se trata sólo del derecho a decidir, que exigirá disponer de las mayorías necesarias, sino también a la propia participación en los procesos de negociación y consultas. No obstante, este derecho no es ilimitado, sino que está condicionado por la realidad de cada empresa. Así, en el caso del fabricante de automóviles Mercedes Benz España no puede entenderse vulnerada la libertad sindical de ESK por el hecho de no haber formado parte de la comisión negociadora de un Expediente de Regulación de Empleo temporal de suspensión de los contratos de trabajo. En este caso, la comisión se conformó, según señala la [SAN de 20 de marzo de 2014 \(AS 2014, 551\)](#), con un criterio razonable de proporcionalidad de los representantes legales, atendiendo al tamaño relativo de cada centro de trabajo. Así, el sindicato accionante, con una representación inferior al 4% no puede considerar que el acuerdo alcanzado por una comisión respaldada por una audiencia electoral de más del 80% y con una composición proporcionada sea inválido por vulnerar su libertad sindical. Como

bien afirma la sala, la mera presencia en el Comité de empresa no genera un derecho automático e incondicional a formar parte de la Comisión negociadora.

C. Tutela y prueba

La protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales es un aspecto que ha ocupado la actuación jurisdiccional, siempre sobre la base de que el trabajador no deja de ser ciudadano. La libertad sindical, junto con el derecho de huelga, tienen particular importancia en el contexto de la relación de trabajo. La protección constitucional no sólo se refiere a los ataques directos a la actuación del sindicato o de los afiliados al mismo por esta condición, sino que se extiende a todas aquellas conductas empresariales que tengan por objeto impedir o dificultar la actuación sindical o sus consecuencias.

Así, particularmente ilustrativo es el supuesto que enjuicia la [Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2012 \(AS 2014, 78\)](#), AS 2014/78. LA empresa, Cremonini Rail Ibérica (CRI), no logró renovar el Convenio Colectivo por la oposición del sindicato mayoritario en la misma (CCOO), pese a que sí se consiguió el voto positivo de las restantes fuerzas sindicales con representación (UGT y CGT). El pacto así acordado, con forma de convenio colectivo extraestatutario, obtuvo la adhesión del 75 por ciento de los trabajadores. Poco tiempo después, la empresa comenzó un periodo de consultas para llevar a cabo una reducción temporal de contratos de trabajo, con efecto exclusivos sobre aquellos trabajadores no adheridos a nuevo Convenio. De hecho, a petición de UGT y CGT, se abrió un plazo extraordinario y específico para que los trabajadores que aún estaban bajo el ámbito de aplicación del anterior convenio se sumaran al nuevo, excluyendo del Expediente Temporal de Regulación de Empleo a aquellos que así lo hicieran.

Este tipo de actuación empresarial puede ejercer una presión muy eficaz sobre los trabajadores, haciendo prácticamente imposible la resistencia sindical, pues los trabajadores que, afiliados o no, siguieran las directrices de CCOO frente al nuevo convenio se verían perjudicados por esta decisión. Los indicios de violación son claros cuando los trabajadores que (en el momento inicial o en el plazo extraordinario) que se adhieran al nuevo convenio no se verían afectados por el expediente de regulación de empleo.

Esta argumentación pone de manifiesto cómo opera la carga de la prueba en la protección de la libertad sindical. No resulta suficiente la mera alegación de la vulneración o la construcción de argumentos en torno a circunstancias más o menos vagas en relación con la actividad sindical, sino que debe justificarse la conexión entre ambos hechos. Así, como se recoge en la [Sentencia del Juzgado Social nº 2 de Málaga de 28 de enero de 2014 \(AS 2014, 341\)](#), es irrelevante la actitud combativa del trabajador demandante que se ha visto perjudicado por una decisión empresarial si otros empleados que igualmente secundaron las protestas no sufren represalia alguna, como tampoco puede alegarse que la pertenencia a un sindicato es la causa de despido cuando entre los despedidos los trabajadores afiliados a las distintas organizaciones y los no afiliados se distribuyen homogéneamente [STSJ de Castilla y León, Burgos, de 6 de febrero de 2014 \(AS 2014, 535\)](#).

Evidentemente, la justificación de indicios tampoco implica por sí misma la existencia de la vulneración de derechos fundamentales. El efecto es simplemente de inversión de la carga de la prueba, lo que en el caso de la empresa CRI habría exigido acreditar que la reducción de jornada de los sujetos al convenio antiguo permite combatir la causa alegada (en este caso económica) y que dicha actuación no es necesaria en relación a los sometidos al nuevo convenio colectivo. Al no poder demostrar la empresa este extremo, la Sala declaró la existencia de la vulneración.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A. La revocación del mandato

La revocación del mandato de los representantes de los trabajadores es la otra cara de la moneda de su elección y, por tanto, también constituye una expresión de la voluntad de los trabajadores mostrada mediante asamblea o, si se prefiere, una forma también de representación, o más correctamente, de mecanismo materialización de tal representación. Tal es la vinculación entre elección y revocación que el ET no ha optado por una regulación separada o diferenciada, sino que los mismos preceptos que regulan la forma de elección de los representantes de los trabajadores se encargan también de establecer el modo en que ha de procederse a su revocación. No puede ser

de otra forma si se piensa que la acción de los representantes es al fin de cuentas una actuación «en nombre de» los representados, por lo que como máxima expresión del principio democrático que preside también nuestro sistema de relaciones laborales, éstos han de poder removerlos y sustituirlos por otros en caso de que el ejercicio de las facultades que les encomendaron no responda a las expectativas generadas, objetivos prometidos o planes pactados.

De ahí que las garantías procedimentales previstas para la elección de los representantes de los trabajadores se extiendan necesariamente a la revocación, máxime cuando lo que el ET pretende es que no se produzca un vacío representativo, sino la reconducción hacia una nueva representación. Si el procedimiento de elección de los representantes de los trabajadores ha de cumplir una serie de exigencias procedimentales, su revocación también ha de salvaguardarlas y, de ahí, que surjan dudas acerca del alcance que tiene la trasgresión de tales normas procedimentales. Dependiendo de la norma y de la trascendencia de la transgresión, será subsanable o, por el contrario, supondrá la nulidad de todo el procedimiento.

A esta problemática se refiere precisamente la [STSJ Extremadura de 6 de febrero de 2014 \(AS 2012, 505\)](#), cuando decide si el incumplimiento del requisito de comunicación a la oficina pública de la voluntad de proceder a la revocación con una antelación mínima de 10 días y la inasistencia del delegado cuyo mandato pretender revocarse, por lo que no pudo ejercer como presidente, son elementos que pueden conllevar la nulidad tal decisión revocatoria.

En relación a lo primero, el art. 67.3 ET establece que solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. A este respecto, el art. 79 del mismo cuerpo legal añade que la convocatoria de asamblea «se comunicará al empresario con cuarenta y ocho horas de antelación, como mínimo». Por su parte, el art. 1.1 c) del RD 1884/1994 dispone que la revocación de los representantes podrá ser total o parcial y que el promotor o promotores de la misma deberán comunicar por escrito a la oficina pública correspondiente su voluntad de proceder a dicha revocación con una antelación mínima de diez días.

Por tanto, la duda surge cuando, como en el supuesto de autos, se cumple con la normativa estatutaria pero sin embargo se transgrede el desarrollo reglamentario, teniéndose que determinar el alcance del tal incumplimiento. Pues bien, la sentencia mencionada, sobre la base de la jurisprudencia expresa a este respecto, viene a señalar que el mencionado plazo de diez días no se refiere a la revocación de los representantes, sino a la convocatoria de asamblea para las elecciones de otros nuevos. En efecto, puesto que el art. 67 ET permite la revocación total o parcial, en este segundo caso, de producirse, pasarán a ocupar el cargo los siguientes en la lista, por lo que la garantía reglamentaria de publicidad pierde sentido.

Asimismo, recuerda «que, como ya dijo esa Sala en [STS de 8-10-2001 \(RJ 2002, 1423\)](#) la asamblea de trabajadores, como órgano representativo de participación, es el instrumento previsto legalmente para la expresión directa de la voluntad de los trabajadores en períodos intermedios entre procesos electorales; es la traducción práctica del derecho de reunión pacífica reconocido en el art. 21 de la Constitución que, por su naturaleza y trascendencia no debe ser limitado más allá de lo que la ley haya establecido, y tiene su consagración en los arts. 4.1 f), 67 y 77 del Estatuto de los Trabajadores; y si esto es así es inaceptable desde el punto de vista jurídico que la validez de una asamblea, en cuanto manifestación del ejercicio del derecho constitucional de reunión dependa de un plazo fijado en un texto reglamentario y no en la ley reguladora de tal derecho como requiere el art. 53.1 de la Constitución, tanto más cuanto que, como hemos visto, los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que regulan esa materia no se limitan a establecer la posibilidad de la revocación sino que contienen con suficiente detalle las exigencias de validez de la misma sin incluir el plazo de referencia»

Por consiguiente, no cabe una interpretación de la regulación reglamentaria más restrictiva que la legal, mucho menos cuando lo que está en juego es derecho fundamental de reunión y la representación de los trabajadores. De ahí que el incumplimiento del plazo de diez días no pueda dar lugar a la nulidad de la revocación.

Pero ésta no es la única cuestión procedimental, como dijimos, a la que se refiere esta sentencia. Conforme a lo dispuesto en el art. 77 ET, las asambleas de trabajadores han de estar presididas por la representación unitaria, quien se encargará de su desarrollo. El problema que se plantea es que, en caso de asamblea revocatoria, ésta puede

quedar en manos, precisamente, del sujeto cuyo mandato se pretende revocar. De ahí que, de nuevo sobre la base de la jurisprudencia sobre esta materia, la resolución recuerde que, si el art. 67.3 ET no establece requisito adicional alguno para la presidencia de la asamblea, exigir el establecido en el art. 77.1 (precepto incardinado en la regulación del derecho de reunión de los trabajadores) no parece muy acorde con la finalidad de la asamblea del art. 67.3 (la revocación del delegado de personal), ya que se podría llegar al absurdo de que la celebración de la asamblea dependiera exclusivamente de su voluntad. Por ello tampoco puede considerarse que la nulidad de la asamblea pueda venir por no haber sido presidida por el delegado de personal cuya revocación se pretende.

B. garantías de la representación unitaria

A. La prioridad de permanencia

Entre las garantías con que cuenta la representación unitaria de los trabajadores se encuentra aquella que tiende a garantizar su permanencia en la empresa. En concreto, el apartado b) del art. 68 ET establece la «prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas». La finalidad de esta garantía es la de impedir que las decisiones empresariales, aun estando plenamente justificadas, puedan redundar en una perturbación innecesaria y evitable de la función representativa al separar al representante de los representados. Ésta opera en los supuestos de suspensión o extinción del contrato, pero también en los despidos objetivos por amortización de puestos de trabajo y en los supuestos de movilidad geográfica (art. 40.5 ET)

Esta escueta regulación estatutaria ha sido completada por una interpretación jurisprudencial que ha configurado sus características básicas, determinando que para la aplicación de esta garantía se hace necesario contar con término comparativo o, más correctamente, con supuestos homogéneos entre los que poder establecer tal prioridad. En palabras de [STS de 27 de enero de 1989](#) (RJ 1989, 5926), «...el presupuesto implícito para la aplicación de la garantía del art. 68.b)ET, es la existencia de dos o más trabajadores entre los que establecer algún tipo de prioridad o preferencia, de modo que como señala el Alto Tribunal, para que pueda apreciarse la preferencia será preciso comprobar si efectivamente el puesto de trabajo desempeñado por el recurrente estaba suficientemente "individualizado", o si, por el contrario, la actividad de éste era indiferenciada o polivalente dentro de la organización de trabajo»

Por consiguiente, no nos encontramos ante un derecho absoluto, sino relativo, pues depende de las circunstancias concurrentes en cada caso. Ahora bien, cabe dar un paso adicional y preguntarse si, además de relativo, es también un derecho disponible. A esta pregunta responde la [STSJ Andalucía \(Granada\) de 11 de diciembre de 2014 \(AS 2014, 311\)](#), al señalar, de una parte, que se trata de un derecho atribuible a cada delegado o miembro del Comité, pues así se desprende del tenor literal del art. 68 ET; de otro, que es también un derecho disponible, incluso renunciable, siempre que se cumpla con dos requisitos básicos: uno de carácter individual, consistente en que sea una decisión plenamente libre e incondicionada del representante, el segundo tiene carácter colectivo, pues ha de garantizarse el correcto ejercicio de la defensa de los intereses de los trabajadores. Ambas circunstancias concurrían en el caso de autos, pues había constancia escrita de la renuncia libre y voluntaria de la representante de los trabajadores y no se menguaba la capacidad de representación del conjunto del comité, dado que permanecían en activo otros miembros para garantizar la correcta aplicación de la medida, en este caso suspensiva, acordada en el expediente.

3. CONFLICTO COLECTIVO

A. Inadecuación de procedimiento

El procedimiento de conflicto colectivo queda regulado en el Capítulo VIII (arts. 153 y ss.) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social. El art. 153 establece que: Se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que

afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (...). En el presente caso, la [STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2013 \(AS 2014, 7\)](#), entra a resolver un recurso en el que se plantea como excepción procesal la inadecuación de procedimiento por modificación individual de una condición laboral reconocida a 5 trabajadores de la empresa en cuestión. Concretamente la empresa pacta en el año 2007 con los cinco trabajadores de recepción, al hilo de una regulación de la jornada, que en el supuesto de existir bajas médicas, vacaciones o permisos del personal de recepción, las mismas se cubrirían con personal suplente.

El conflicto se plantea, primero, para saber si se trata de una condición más beneficiosa o no, para después saber si estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de qué tipo, y por último, y en consecuencia, determinar si el procedimiento de conflicto colectivo es el adecuado. La condición más beneficiosa, que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, podemos definirla siguiendo a la doctrina más autorizada, como aquel derecho nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes del contrato de trabajo que, manifestando su voluntad en tal sentido, introduce condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para el trabajador que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, los cuales deberán ser respetados en sus propios términos hasta su modificación o supresión por los procedimientos oportunos. Para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, por lo que tiene vigencia y se mantiene mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior legal o pactada colectivamente, más favorable que modifique el status anterior en materia homóloga ([STS de 5 junio 2012 \[RJ 2012, 9579\]](#)).

En el presente caso, el Tribunal considera que estamos ante una condición más beneficiosa, por tanto, incluidas en las condiciones contractuales, y necesitadas, en caso de que haya que cambiarlas, del procedimiento oportuno, en este caso el de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Dado que en el caso presente se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41.1 y 2 del ET de carácter individual y no colectivo, la modalidad procesal de conflicto colectivo no es la idónea para ventilar el presente caso. La supresión de la condición más beneficiosa reconocida a los cinco trabajadores de recepción debió canalizarse a través del procedimiento marcado por el artículo 41 ET pero en relación al 138 LJS, y no a través de la modalidad de conflicto colectivo, por lo que se estima la excepción de inadecuación de procedimiento, y con ello el recurso.

Sobre la inadecuación de procedimiento, hay que traer a colación otra resolución no tanto por el interés jurídico que presenta (porque probablemente se habrá recurrido al TS), sino por el carácter peculiar de la misma al considerar la falta de acción y sin embargo, tener un voto particular en contra. Se trata de la [STSJ de País Vasco de 3 de diciembre de 2013 \[AS 2014, 35\]](#). En ella se recoge la doctrina jurisprudencial acerca de la existencia de conflicto colectivo, que no podemos dejar de mencionar. Todo conflicto colectivo presupone la concurrencia de un presupuesto subjetivo, relativo a la generalidad de afectados, otro objetivo, consistente en la impugnación de una práctica o conducta empresarial que supone el contenido del interés debatido; y otro elemento finalista caracterizado por el fin perseguido en su planteamiento. En esta cualidad finalista o teleológica del conflicto es donde se escinde el conflicto jurídico del conflicto de intereses, siendo aquel el que determina la interpretación de una norma o delimita la actuación empresarial desde la proyección jurídica; por el contrario el conflicto de intereses, económico o de reglamentación, suplanta la actividad de las partes, y responde a un cambio de la normativa, sin acudir a los cauces legales.

En este caso, el problema se desencadena por una comunicación que hace una asociación a sus empresas afiliadas a título informativo sobre la vigencia de los convenios colectivos tras las últimas modificaciones del ET en 2012. Sin embargo, el Tribunal entiende que no nos encontramos ante ninguna actuación empresarial o patronal que pueda encuadrarse dentro de un sistema de negociación colectiva, de convenio o acuerdo; tampoco ante un acto que derive consecuencias directas ni a los demandantes ni a los trabajadores que puedan quedar afectados o incorporados en el ámbito de aplicación y eficacia del Convenio Colectivo, del sector o de cualquiera de las actividades descritas como ámbito funcional del convenio colectivo. Se trata de impugnar una simple comunicación asesora a los empleadores asociados, que ni incide en actos propios del convenio colectivo ni en ámbitos de eficacia del mismo, pues ni tan siquiera se proyecta o diseña un específico ámbito de negociación, o cuando menos un marco de aplicación normativa a las relaciones laborales. Por tanto, el Tribunal entiende que la excepción

procesal de falta de acción se produce, y derivado de esto mismo también la excepción de inadecuación de procedimiento.

En este sentido, concurre una inadecuación del proceso, pues artificialmente se configuran los presupuestos por las demandantes para diseñar una situación generada que no se ajusta a la que realmente acontece, ofreciendo una apariencia del conflicto generado mediante actuaciones que no constan ni se conocen (aunque posteriormente el voto particular hace referencia a actuaciones que se producen como consecuencia de la información dada por la asociación), y que en modo alguno provienen de los actos de las codemandadas, al menos en los elementos que se han incorporado en el proceso y que fundan la pretensión de demanda. En palabras exactas del Tribunal: *La función judicial se basa en la resolución de conflictos y estos conflictos deben ser jurídicos, no un caleidoscopio de hipotéticas o futuras actuaciones; o un intento de suplantarlas.*

B. Falta de legitimación activa y pasiva

Otra cuestión procesal que siempre genera bastante litigiosidad en torno al procedimiento de conflicto colectivo es la falta de legitimación, ya sea para demandar, ya sea para ser demandado. En la sentencia que se procede a comentar, [Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 \(AS 2014, 225\)](#), no solo se plantea la falta de legitimación pasiva, sino que también se alega excepción de falta de capacidad del Comité de empresa al no tener carácter nacional. Es decir, considera quien lo alega que como el Comité de Empresa impugnante es sólo del centro de trabajo ubicado en Guadalajara no puede impugnar un ERTE que afecte a varias Comunidades Autónomas. La AN como ya lo hiciera en otras ocasiones, ha rechazado esta argumentación sosteniendo que cualquier comité de empresa de un centro afectado por la medida, tiene legitimación para impugnar la medida (SAN 20 de marzo de 2013 [Rec. 219/2012]).

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, todas las empresas codemandadas, con excepción de OBRAS COMAN SA, alegaron la excepción de falta de legitimación pasiva. La cuestión se encuentra estrechamente vinculada con la determinación de si existe o no grupo de empresas. No obstante las empresas codemandadas alegaron indefensión al ignorar los motivos concretos por las que se las consideraba un grupo de empresas. Vamos a analizar brevemente, la posible existencia de indefensión unida a la posible existencia de grupo de empresas patológico (que aunque no es objeto de este comentario, nunca está de más recordar qué es un grupo de empresas patológico, especialmente cuando de ello depende la existencia de falta de legitimación pasiva); y analizadas estas cuestiones podremos determinar si existe o no falta de legitimación pasiva.

En primer lugar, en relación con la indefensión alegada, de conformidad con lo establecido en el art. 80.1.c) el demandante tiene la obligación de hacer constar en su demanda la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas, los denominados, en expresión de la doctrina: «hechos necesarios para resolver». Por lo tanto, no basta con la genérica afirmación de la exigencia de grupo o con la designación genérica de los requisitos exigidos por la doctrina para apreciar la existencia de grupo patológico. El demandante tiene la obligación legal de exponer los hechos concretos por los que entiende que existe grupo de empresa. Solo así se garantiza la seriedad en la demanda a varios sujetos y la ausencia de indefensión a los demandados. Debe exigirse a los demandantes que realicen una descripción de los hechos por los que consideran que existe grupo a efectos laborales. De no hacerlo así, se produciría una clara indefensión para los demandados, los cuales se verían inmersos en la comparecencia en juicio sin saber las concretas causas por las que se les considera un grupo patológico.

En segundo lugar, para considerar la existencia de un grupo de empresas patológico y por tanto, lograr el efecto de responsabilidad solidaria, hace falta que se den algunos de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. Además, de esto hay que tener en cuenta una serie de precisiones: a) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; b) que el funcionamiento unitario de

las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual (prestación de trabajo indistinta) o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial (las diversas empresas que reciben la prestación de servicios); c) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable (aunque pueda ser un indicio al efecto) de la mera utilización de infraestructuras comunes; d) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable»; e) que con elemento creación de empresa aparente (íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas) se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y f) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio (determinante de solidaridad) cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

En conclusión, la enumeración de los elementos que determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo lleva al Tribunal a considerar en este caso que no existe grupo de empresas patológico. La existencia de una dirección unitaria, conexión en el accionariado o actuación en el mercado como grupo, no supone un uso abusivo de la personalidad jurídica, encontrándose tal posibilidad admitida por el Derecho Mercantil. También se permite por la jurisprudencia que el grupo tenga centros de trabajo comunes, sin que ello signifique que el mismo sea patológico a efectos laborales y la concurrencia de diversos trabajadores del grupo en dicho centro, tampoco supone la irregularidad laboral del grupo, mientras no se acredite que prestan servicios en forma indiferenciada, lo que la Sala estima que no ha ocurrido en este caso. Por lo tanto, debe concluirse la falta de legitimación pasiva de todas las entidades demandadas, menos OBRAS COMAN SA.

C. Falta de agotamiento de la vía preva y litispendencia

La Audiencia Nacional conoce de un asunto en el que se plantea un conflicto colectivo y varias cuestiones procesales en torno a él. Concretamente se excepciona la falta de agotamiento de la vía previa y la existencia de litispendencia. En la Sentencia de la [Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 \(AS 2014, 12\)](#), el Tribunal entiende procedente aplicar el incremento de las retribuciones conforme al IPC real al haberse pactado en el Convenio Colectivo la vigencia de las cláusulas normativas en tanto no se pacte un nuevo convenio.

En lo que aquí interesa, (cuestiones procesales), se rechaza la excepción de falta de agotamiento de la vía previa que había interpuesto la empresa, al probarse que la parte sindical había solicitado la convocatoria de la Comisión Paritaria, sin que la empresa procediese, (no se demuestra lo contrario) a la correspondiente convocatoria.

Más problemas podría plantear la excepción de litispendencia, que para que opere, es necesaria la identidad de pretensiones (sujetos y objeto (causa petendi y petitum)). En este sentido, entre otras muchas, la STS de 20 de noviembre de 2006 (Rec. 885/2005) razona que «la litispendencia es en nuestro derecho procesal una excepción que tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta, identidades que han de ser subjetiva, objetiva y causal, por lo que no basta para la identidad total con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de litispendencia y siempre que tal acumulación sea posible». Teniendo en cuenta esto, determina la Audiencia Nacional finalmente que la sentencia que pudiera recaer en este procedimiento, no afectará en absoluto a la resolución de la CCNCC, por cuanto la misma no se pronunció jamás sobre la obligación empresarial de incrementar los IPC reales en los años 2012-2013, limitándose a autorizar una reducción del 8,47% sobre los salarios de convenio. De tal forma que en otro proceso pendiente se cuestiona la reducción salarial, pero sin haberse determinado las bases reales sobre las que ha de aplicarse esa reducción; y aquí lo que se cuestiona es el incremento de las retribuciones conforme al IPC real.

4. HUELGA. ALCANCE DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

La cuestión discutida en el presente recurso, [STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2013 \(AS 2014, 215\)](#), es la de la proporcionalidad del sacrificio del derecho de huelga de los trabajadores por causa de los derechos y libertades de los ciudadanos en general. En el presente caso, con ocasión de la huelga general convocada para el 29

de marzo de 2012, la autoridad administrativa dicta una orden por la que se garantizan los servicios esenciales que se deben prestar en la comunidad autónoma de Cataluña durante la huelga general. En esta se establecía que quedaban afectadas las funciones de atención telefónica de todo tipo de urgencias y emergencias como las sanitarias... El servicio se prestará con el personal necesario e imprescindible para poder realizar las comunicaciones de la forma habitual. Además las empresas, escuchando el Comité de huelga o, en su defecto los representantes de los trabajadores, determinarán el personal estrictamente necesario para garantizar la prestación normal de los servicios que se establecen en esta orden. Estos servicios mínimos los prestará, preferentemente, en su caso, el personal que no ejerza el derecho de huelga. En esta situación, y teniendo en cuenta (o más bien obviando las indicaciones de la autoridad administrativa) la empresa comunica a los trabajadores que los dispositivos de Urgencias y Emergencias Sanitarias se mantendrán el 100 por 100 de los servicios mínimos habituales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de determinar los principios a tomar en consideración en cuanto a la fijación de los servicios mínimos en relación al derecho de huelga. Así, la [STS Sala 4ª 12/12/2007](#) (RJ 2008, 3018) haciendo referencia a la doctrina del Constitucional ha establecido que: a) el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Una de esas limitaciones, expresamente previstas en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad; b) la noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Esta última óptica, que pone el acento en los bienes e intereses de la persona, y no la primera, que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades, es la que mejor concuerda con los principios que inspiran nuestra Constitución. Con la consecuencia de que, a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí mismo, pueda ser considerado como esencial. Solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma.

De modo que la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, la validez de los servicios mínimos depende en último término de que el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes o derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos. Así las cosas, el Tribunal declara la existencia de vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa, y en consecuencia la nulidad radical de su conducta al fijar los servicios mínimos en el 100% de los trabajadores.

Por último, el sindicato actuante solicita indemnización por daños y perjuicios, pero el Tribunal considera que al no pertenecer al comité de huelga no consta acreditado la generación de perjuicio alguno en este sentido.

ÍNDICE

Conflicto colectivo

Inadecuación de Procedimiento [[STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2013](#) (AS 2014, 7) y de [País Vasco de 3 de diciembre de 2013](#) (AS 2014, 35), crónica VII.3.A;]

Legitimación Procesal Activa [[SAN de 23 de diciembre de 2013](#) (AS 2014, 225), crónica VII.3.B;]

Falta de agotamiento de la vía previa y Litispendencia [[🔗 SAN de 23 de diciembre de 2013](#) (AS 2014, 12), [crónica VII.3.C;](#)]

Huelga

Huelga. Alcance de los servicios mínimos [[🔗 STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2013](#) (AS 2014, 215), [crónica VII.4.A;](#)]

Libertad sindical

Titularidad

- Libertad sindical. Derecho a la información. Alcance. Contenido diferente [[🔗 STSJ de Galicia de 10 de enero de 2014](#) (AS 2014, 42); [crónica VII.1.A;](#)]

- Libertad sindical. Delegados sindicales. Ampliación por convenio. Interpretación restrictiva [[🔗 STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2013](#) (AS 2014, 221), [crónica VII.1.A.;](#)] .

Contenido del derecho

- Libertad sindical. Garantía de indemnidad. Alcance y requisitos. [[🔗 STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de septiembre de 2013](#) (AS 2014, 82), [crónica VII.1.B;](#)]

- Libertad sindical. Derecho a la participación en comisiones negociadoras. Requiere representatividad suficiente [[🔗 SAN de 20 de marzo de 2014](#) (AS 2014, 551), [crónica VII.1.B;](#)]

Tutela y prueba

- Libertad sindical. No hay vulneración si no se acredita la relación entre la actividad sindical y la supuesta represalia [[🔗 SJDs nº 2 de Málaga, crónica VII.1.C](#) (AS 2014, 341);]

- Libertad Sindical. Indicios de vulneración. Efectos de regulación de empleo sobre parte de los trabajadores no adheridos a convenio extraestatutario [[🔗 SAN de 24 de octubre de 2012](#) (AS 2014, 78), [crónica VII.1.C;](#)]

- Libertad sindical. Indicios de vulneración. No se da si la medida afecta en gran número tanto a afiliados como no afiliados a sindicatos [[🔗 STSJ de Castilla y León Burgos, de 6 de febrero de 2014, crónica VII.1.C](#) (AS 2014, 535);]

Representación unitaria

- Representación Unitaria. Revocación del mandato [[🔗 STSJ Extremadura de 6 de febrero de 2014](#) (AS 2012, 205), [crónica VII. 2.A;](#) AS\2012\505]

- Representación Unitaria. La prioridad de permanencia [[🔗 STSJ Andalucía \(Granada\) de 11 de diciembre de 2014](#) [AS 2014, 311], [crónica VII. 2.B.A;](#)]